

University of Groningen

Linnaeus en de rechtswetenschap

Berg, P.A.J. van den

Published in:
Algemeen-Bijzonder

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2003

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Berg, P. A. J. V. D. (2003). Linnaeus en de rechtswetenschap: Over de gevolgen van codificatie voor de eenheid van het recht. In *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht* (blz. 7-25). (CRBS-reeks; Vol. 7). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

LINNAEUS EN DE RECHTSWETENSCHAP

Over de gevolgen van codificatie voor de eenheid van het recht

‘Like nature, law knows no
sharp divisions between species’¹

P.A.J. van den Berg

1 ‘THE GREAT CHAIN OF BEING’

Het is wellicht waar wat P.W. Kamphuisen aan het begin van de vorige eeuw schreef in zijn studie over codificatie: ‘Diep in ’s mensen geest geworteld, diep ook in de volksziel, is de behoefte aan het harmonische, aan klare welgeordendheid’.² Geen mens kan immers zonder het aanbrengen van een zekere orde in de hem omringende chaos. Het feit dat Aristoteles algemeen gezien wordt als de grote vertegenwoordiger van een logica die gebaseerd is op de mogelijkheid van heldere tweedelingen en een rigide classificatie, laat zien dat deze behoefte aan ordening ook in de oudheid bestond. Classificatie volgens deze methode bracht met zich mee dat natuurlijke vormen onder een gemeenschappelijke noemer, een overkoepelend concept, gegroepeerd werden op basis van hun – vergelijkenderwijs vastgestelde – gemeenschappelijke kenmerken. Uiteindelijk zou dan een oplopend en hiërarchisch systeem ontstaan.³ Aristoteles paste deze methode zelf echter niet rigoreus toe, zeker niet op de natuurlijke wereld.⁴ Hij hechtte namelijk onder invloed van Plato, wiens leerling hij tenslotte was, meer belang aan het – aan de zojuist beschreven logica tegengestelde – principe van de continuïteit. Dit principe houdt in dat de natuurlijke wereld gezien wordt als een eenheid, waarin de dingen elkaar overlappen en in elkaar overgaan.⁵ In een dergelijke wereld van oneindige gradaties diende men voorzichtig te zijn met classificatie, aldus Aristoteles. Hij wees erop, dat de tweedelingen waarvan de menselijke geest zich zo graag bediende meestal niet met de natuur overeenkwamen.⁶

Ook het recht heeft zich aan deze neiging van de mens tot categoriseren niet weten te onttrekken en daarom kennen we al sinds de Romeinen het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, tussen *ius in*

1. F.H. Lawson, *A common lawyer looks at the civil law* (Ann Arbor 1953), 52.

2. P.W. Kamphuisen, *De codificatiegedachte in het Romeinse Rijk* (Geleen 1922), 1.

3. J.L. Larson, *Reason and experience. The representation of natural order in the work of Carl von Linné* (Berkeley/Los Angeles/Londen 1971), 20.

4. D.M. Balme, ‘ΓΕΝΟΣ and ΕΙΔΟΣ in Aristotle’s biology’ in: *The classical quarterly* NS 12 (1962), 81-98.

5. A.O. Lovejoy, *The great chain of being* (Cambridge, Mass./Londen 1978/14), 57.

6. Lovejoy, *The great chain*, 58.

personam en *ius in rem* en tussen *ius civile* en *ius gentium*.⁷ Aan meer abstract geformuleerde juridische concepten en principes heeft het in de oudheid evenmin ontbroken.⁸ Zij werden geformuleerd op basis van de veelheid aan casus, tenslotte de verscheidenheid die juristen aantroffen. Maar net zomin als in de klassieke oudheid op basis van classificaties een hiërarchisch systeem werd gebouwd ten aanzien van de natuur, was er sprake van een dergelijk systeem op het terrein van het recht. Het recht aan de voet van de denkbeeldige piramide was casuïstisch en de genoemde tweedelingen en principes werden niet gebruikt of verder ontwikkeld om de ruimte tussen top en fundament op te vullen. Conform het uitgangspunt van Aristoteles was het maken van classificaties ondergeschikt aan de eenheidsidee, aan de in wezen Platoonse notie dat alle concrete gevallen van rechtsvinding in al hun gradaties onderdeel waren van een overkoepelend, metafysisch concept van 'recht' of 'rechtvaardigheid', zonder in een strak onderling verband te staan. De codificatie van het Romeinse recht in de zesde eeuw gaf eenzelfde beeld te zien: veel casuïstiek en weinig systeem.⁹ Een deel van het Corpus Iuris, de oorspronkelijk voor studenten bedoelde Instituten van Gaius, presenteerde het recht wel als een enigszins systematisch geheel, maar de student werd geacht in te zien dat dit systeem artificieel was.¹⁰

Aristoteles zelf mocht dan wel voorzichtig zijn omgegaan met de idee van een strakke classificatie van de natuurlijke wereld, toch was hij het die de aanzet heeft gegeven tot de opvatting dat het universum een hiërarchische, lineaire orde, in de woorden van Lovejoy een 'great chain of being', vormde, waarin al het bestaande, van hoog tot laag een vaste plaats had.¹¹ Deze visie op de wereld was gedurende de Middeleeuwen en daarna, tot diep in de achttiende eeuw, in wetenschappelijke kringen algemeen geaccepteerd. Vanaf de zestiende eeuw werd daarbij in toenemende mate gekozen voor de toepassing van de Aristotelische logica om die orde in te vullen, met name in de biologie.¹² Een belangrijke exponent hiervan was de beroemde Zweedse botanist Carl Linnaeus (1707-1778). Hij besteedde vele jaren van zijn leven, onder meer aan de universiteiten van Harderwijk en Leiden, aan de classificatie van de natuur, in het bijzonder de flora. Met behulp van de

7. P.G. Stein, 'Roman law, common law, and civil law' in: *Tulane Law Review* 66 (1992), 1591-1603 (1595). J. Gaudemet, 'Tentatives de systématisation du droit à Rome' in: *Archives de Philosophie du Droit* 31 (1986), 11-28.

8. P.G. Stein, 'The digest title, *De diversis regulis iuris antiqui*, and the General Principles of law' in: P.G. Stein, *The character and influence of the roman civil law* (Londen/Ronceverte 1988), 53-72 (53-60).

9. H. Ankum, 'La "codification" de Justinien était-elle une véritable codification?' in: *Wetboek en Grondwet in historisch perspectief. Liber amicorum John Gilissen* (Antwerpen 1983), 1-17 (13-17). P.G. Stein, 'Judge and jurist in the civil law: a historical interpretation' in: Stein, *The character and influence*, 131-147 (133 en 135).

10. P.G. Stein, 'The fate of the Institutional System' in: Stein, *The character and influence*, 73-82 (73).

11. Lovejoy, *The great chain*, 58-59.

12. Lovejoy, *The great chain*, 227-228.

traditionele logica werden de natuurlijke objecten vergeleken en op basis van gemeenschappelijke kenmerken onder het hoofd van een nieuw, meer abstract concept gegroepeerd.¹³ Deze methode leverde uiteindelijk een systeem op, waarin de hogere en lagere concepten in een strak hiërarchisch verband stonden. Empirie speelde bij zijn werkzaamheden natuurlijk een grote rol. De pogingen om de natuurlijke orde volledig in te vullen, gingen gepaard met een niet aflatende zoektocht naar levensvormen. Op de vele ontdekkingsreizen die in die periode werden ondernomen werd de registratie van de verschillende species dan ook beschouwd als een uitermate belangwekkende wetenschappelijke taak.¹⁴ Maar toch speelde de empirie bij Linnaeus in theoretisch opzicht een ondergeschikte rol. De registratie en classificatie van de natuurlijke objecten was immers – oneerbiedig gezegd – uiteindelijk slechts een invuloefening van een veronderstelde vaste en ordelijke keten, de ‘great chain of being’.¹⁵

Ook in de rechtswetenschap kreeg deze systematiserende methode de overhand in de zeventiende en achttiende eeuw, hetgeen niet verwonderlijk is, aangezien juristen nog niet een van de overige wetenschappers afgescheiden beroepsgroep vormden. Leibniz, in wiens filosofie het concept van de ‘great chain of being’ zeer duidelijk zichtbaar was, stelde in de tweede helft van de zeventiende eeuw een vergaande systematisering van het Corpus Iuris voor.¹⁶ Het lineaire rechtssysteem dat het resultaat zou zijn, zou zowel algemeen geldend, als volledig zijn.¹⁷ Vele rechtswetenschappers gingen voort op dit pad en probeerden met behulp van indelingen op basis van meer abstracte concepten een rechtssysteem te bouwen.¹⁸ De bovenvermelde piramide werd nu wel ingevuld. Deze trend was overal in Europa waarneembaar, zowel in Engeland als op het continent. De continentale systeembouwers zijn vrij algemeen bekend.¹⁹ In Frankrijk hanteerde Petrus Ramaeus in zijn *De arte jurisprudentiae* (1586) de methode van de tweedelingen en schreef Domat het boek *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Parijs 1689-1694), terwijl in Duitsland natuurrechtsgeleerden als Pufendorf en Wolff zich uitputten in het

13. Larson, *Reason and experience*, 144-145.

14. Zie voor een fraaie beschrijving van een dergelijke wetenschappelijke onderneming de historische roman van A. Barrett, *The voyage of the Narwhal* (Londen 1999).

15. S. Lindroth, ‘The two faces of Linnaeus’ in: T. Frängsmyr (ed.), *Linnaeus. The man and his work* (Berkeley/Los Angeles/Londen 1983), 1-62 (16).

16. Lovejoy, *The great chain*, 144. G. Hartmann, ‘Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph’ in: *Festgabe Herrn Dr. Rudolph von Jhering zum Doctorjubiläum* (Tübingen 1892), 1-121 (32-34). E. Molitor, ‘Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz’ in: *L’Europa e il diritto romano. Studi Koschaker I* (1954), 357-373 (365-366).

17. G. Otte, ‘Leibniz und die juristische Methode’ in: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 5 (1983), 1-21 (19-21).

18. Zie over de invloed van de in de eerder genoemde Instituten van Gaius gebruikte indelingen op deze rechtswetenschappers: Stein, ‘The Fate of the Institutional System’, 75-82.

19. Zie over hen S. Herman en D. Hoskins, ‘Perspectives on code structure: historical experience, modern formats and policy considerations’ in: *Tulane Law Review* 54/3 (april 1980), 987-1051 (996-1021). F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen 1967²), 275-276, 286-287, 306-307 en 318-322.

bedenken van rationele juridische systemen. Anders dan wel wordt aangenomen, heeft in Engeland de aanzet tot systematisering van het recht vanuit wetenschappelijke inspiratie evenmin ontbroken.²⁰ Ik noem hier slechts de namen van Matthew Hale, William Blackstone en Thomas Wood, welke laatste het minder bekende werk *An institute of the laws of England* (Londen 1722) op zijn naam heeft staan.²¹ Maar het is wel juist dat systematiserende werken over het recht in Engeland minder in aantal waren en minder invloed hebben uitgeoefend op de rechtspraak. Bovendien, en dat is voor het verloop van het verhaal van belang, is gebleken dat de systematiserende rechtswetenschap op het continent een veel langere adem had. Daar is zij in feite tot op de dag van vandaag dominant, met alle gevolgen voor de visie op het recht en de rechtsvinding vandien. Deze dominantie heeft alles te maken met het feit, dat Engeland al sinds de twaalfde eeuw vrijwel volledige rechtseenheid kende, tot stand gebracht door in Westminster zetelende centrale rechters. De continentale staten daarentegen waren in de zeventiende en achttiende eeuw behept met een fundamentele rechtsverscheidenheid.

2 'SEEING LIKE A STATE'

De systematiserende benadering van het recht vond haar oorsprong in de toen gangbare wetenschapsopvatting, waaraan ook de methode van Linnaeus was ontleend en vormde aldus een intern-wetenschappelijk verschijnsel. Maar door de op het continent bestaande rechtsverscheidenheid kreeg zij tevens een belangrijke politieke functie. De in het systematische model ontwikkelde abstracte concepten bleken namelijk bij uitstek geschikt om ook de casuïstiek uit verschillende rechtssystemen te overkoepelen. De Franse rechtsgeleerden waren niet alleen bezig met het bouwen van een rechtssysteem boven de bestaande casuïstiek, maar ook met de ontwikkeling van een *droit commun français*, een rechtstaal die het recht van de verschillende regio's oversteeg en dat recht dus voor kenners van die rechtstaal toegankelijk maakte. Dat was één van de redenen, dat deze systeembouw hoofdzakelijk het privaatrecht betrof: op dat terrein was de rechtsverscheidenheid het grootst. Deze politieke functie van de systematiserende benadering van het recht naar het model van Linnaeus bleek uiteindelijk van doorslaggevende betekenis te zijn voor haar lot.

Rechtsverscheidenheid bestond al lang op het moment dat de golf van systematisering een aanvang nam. Maar gedurende vele eeuwen werd zij

20. Zie P.G. Stein, 'Roman law and English jurisprudence yesterday and today' in: Stein, *The character and influence*, 151-165 (152-157). G. Sawyer, 'The western conception of law' in: *International encyclopedia of comparative law* II.1: *The legal systems of the world. Their comparison and unification. The different conceptions of the law* (Tübingen s.a.), 14-48 (24-25).

21. P.G. Stein, 'Continental influences on English legal thought, 1600-1900' in: Stein, *The character and influence*, 209-229 (215-218). B. Shapiro, 'Law and Science in Seventeenth-Century England' in: *Stanford Law Review* 21/1 (1968-1969), 727-766 (740-749).

geaccepteerd door zowel burgers als overheden. Deels kon men niet anders, omdat zij nu eenmaal niet simpel te veranderen viel. Vaak werd verscheidenheid ook gezien als een bewijs van de schoonheid en volkomenheid van de (door God) geschapen wereld. Een behoedzaam, wellicht onbewust streven naar enige uniformering zal er wel altijd geweest zijn. De verscheidenheid als zodanig werd echter niet geproblematiseerd en dus ook niet aangepakt.²² Met de opkomst van de moderne staten vanaf de zestiende eeuw veranderde het perspectief op verscheidenheid langzaam, maar ingrijpend.²³ De essentie van deze moderne staten was dat zij vanuit het centrum hun greep op de dagelijkse werkelijkheid wilden vergroten op een veelheid van terreinen en tot in alle uithoeken van hun territorium. De achtergrond van het streven van deze staten was veelal een onverzadigbare behoefte aan geld ter bekostiging van oorlogen. In het kielzog van de ontwikkeling van dergelijke staten, ontplooiden zich noodzakelijkerwijs ook een soort bureaucratie. Het in omvang toegenomen beleid van de centrale overheid diende immers ontwikkeld en uitgevoerd te worden. Nu waren er altijd functionarissen geweest om voor het bestuur zorg te dragen, maar de meeste van hen waren werkzaam geweest op lokaal of regionaal niveau. Zij waren daardoor goed op de hoogte van de omstandigheden ter plaatse. Dit gold niet voor hun opvolgers op centraal niveau, die als gevolg daarvan maar moeilijk greep kregen op hetgeen zich lokaal afspeelde. De enige mogelijkheid om regionale omstandigheden ‘leesbaar’ te maken voor ambtenaren die het gebied niet kenden, was de introductie van uniforme parameters voor inhoud, afstand en gewicht.²⁴ Vanuit die optiek gingen de ambtenaren van de centrale overheid allengs ook de toestand van het recht ten tijde van het *Ancien Régime* bezien. Rechtsverscheidenheid was voor hen niet langer een kenmerk van de schoonheid van de wereld, maar werd door hen in toenemende mate ervaren als een anomalie.

De voorstanders van uniformering van het recht maakten graag gebruik van in de geschetste systematiserende rechtswetenschap ontwikkelde abstracte concepten. Daarmee konden immers de lokale, onderling verschillende rechtsinstituten worden overkoepeld. Het enige dat men nog moest doen, was het opleggen van die concepten aan de rechtspraktijk. Codificaties als de *Code civil* (Cc) van 1804, het Oostenrijkse *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) van 1811 en het *Wetboek Napoléon ingerigt*

22. Vgl. G.C.J.J. van den Bergh, ‘Eenheid en veelheid van recht in de moderne wereld. Enkele gedachten over de toekomst van het volksrecht’ in: *”t Exempel dwinght”. Opstellen aangeboden aan prof. mr. I. Kisch* (Zwolle 1975), 17-26 (20).

23. Maar de (rechts)verscheidenheid stemt nog steeds velen tot dankbaarheid: ‘Uniformity as an end in itself is an ideal which is not shared by all’, aldus Lord Goff of Chieveley, ‘Coming together – the future’ in: B.S. Markesinis (ed.), *The Clifford Chance Millennium lectures on The coming together of the common law and the civil law* (=Clifford Chance Lectures 3) (Oxford 2000), 239-249 (241).

24. Zie J.C. Scott, *Seeing like a state. How certain schemes to improve the human condition have failed* (New Haven/London 1998), 1-83 (30-33). Vgl. ook H.P. Glenn, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law* (Oxford 2000), 50.

voor het Koninkrijk Holland (WNH) uit 1809, de voorloper van ons BW (1838), vormden een uitstekende middel om juist dat te realiseren.²⁵ De essentie van dergelijke codificaties is immers hun exclusiviteit. Dit betekent dat naast de bepalingen in het wetboek geen andere bronnen van recht op het terrein dat die codificatie bestreek, werden getolereerd. In het bijzonder was het voor de centrale overheid van belang dat op deze wijze het locale, overal verschillende recht werd afgeschaft. Voor de rechtspraktijk was dit niet altijd gemakkelijk.²⁶ Zo veroorzaakte de abstracte structuur van wetboeken zoals de *Code civil* nogal wat lege ruimtes. De codificaties worden daarom wel aangeduid als ‘juristic treatises, from which the footnote references had somehow been omitted’.²⁷ De enige uitzondering vormde het *Allgemeine Landrecht* (ALR) uit 1794: dat was niet gericht op het bewerkstelligen van rechtseenheid en kreeg daarom slechts subsidiaire werking. Het ALR bevatte ook aanzienlijk meer details.

In Engeland is de ontwikkeling anders geweest.²⁸ De Engelse staat heeft vanaf het begin van het Normandische tijdperk, dat begon met de komst van Willem de Veroveraar in 1066, een krachtig centraal gezag gekend. Binnen twee eeuwen resulteerde dit in rechtseenheid waardoor de systematiserende rechtswetenschap werd beroofd van een uiterst belangrijke functie, te weten de overkoepeling van rechtsverscheidenheid. Het gevolg hiervan was niet alleen dat de conceptuele ontwikkeling van het recht trager verliep, maar bovendien dat voorzover concepten en beginselen werden ontwikkeld, zij niet voorzien werden van het grootzegel van de staat. Immers, omdat Engeland al rechtseenheid kende, is een codificatie van het Engelse recht nooit van de grond gekomen.

Het continentale rechtswetenschappelijke model waarin het recht als een systematische eenheid werd opgevat, kreeg op grond van zijn politieke functie, culminerend in de codificaties, derhalve een bestendig karakter. De codificaties voorzagen immers de met behulp van de systematiserende rechtswetenschappelijke methode ontwikkelde abstracte concepten en indelingen van een autoriteit, die tot dan toe ongekend was. Een dergelijke blijvende rol voor het systematische model was niet vanzelfsprekend. De wetenschappelijke opvatting waar het model op was gebaseerd was aan het

25. Hoewel uniformering van het recht al vanaf de zeventiende eeuw in ambtelijke kringen werd bepleit, heeft het toch nog lang geduurd voordat de codificaties werden gerealiseerd. Aan de oorzaken hiervan heb ik elders aandacht besteed: P.A.J. van den Berg, ‘Staatsvorming zonder codificatie. Een vergelijking tussen het codificatiestreven op het continent en in Engeland’ in: C.J.H. Jansen en M. van de Vrugt (eds.), *Recht en geschiedenis. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw* (Utrecht 1999), 11-30.

26. P.A.J. van den Berg, ‘De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding’ in: *RMThemis* 163/3 (2002), 195-203 (198).

27. Stein, ‘Judge and jurist in the civil law’, 143.

28. Zie hierover uitgebreider: P.A.J. van den Berg, ‘De rol van rechtswetenschap en *raison d’état* bij het streven naar codificatie in Groot-Brittannië, 1530-1625’ in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XVI* (1999), 1-42 (1-20).

eind van de achttiende eeuw niet meer onomstreden. In de achttiende eeuw won namelijk de empirische of ‘sociologische’ methode aan invloed. In die methode worden concepten beschouwd als niet meer dan intellectuele instrumenten om de werkelijkheid aan te toetsten. Er werd geen eigenstandige waarde meer aan toegedicht. Op het continent kan Montesquieu gezien worden als een vertolker hiervan. In zijn op de klimaattoeos gebaseerde methode wordt namelijk veel belang gehecht aan de relatie tussen het recht en de fysieke omstandigheden waarin dit recht moet functioneren. Ook in Engeland vond deze nieuwe, empirische zienswijze ingang, zoals blijkt uit de opvattingen van de zeventiende-eeuwse jurist en filosoof Francis Bacon.²⁹ Het gezag van het systematiserende wetenschappelijke model nam navenant af. Omdat in Engeland de systematisering van het recht geen politieke functie had, maar vooral afhing van de aantrekkingskracht van dat systematiserende wetenschappelijke model, liet men vervolgens de systematisering voor wat het was.³⁰

3 VERDREVEN UIT HET PARADIJS

Voor de opvatting van het recht waren de gevolgen van de bestendiging van de systematische rechtswetenschap door de codificaties ingrijpend, zonder dat overigens de rechtswetenschappers of politieke pleitbezorgers dit beoogden of zelfs maar voorzagen. De codificaties brachten weliswaar territoriale rechtseenheid, althans binnen het territorium van de diverse continentale staten, maar zij veroorzaakten problemen ten aanzien van de tot dan toe gangbare opvatting dat het recht een samenhangende eenheid vormde. Zoals hierboven vermeld, berustte die opvatting vooral op de veronderstelling, dat er zoiets bestaat als een overkoepelend concept rechtvaardigheid. Alle concrete juridische verschijnselen, zoals rechterlijke uitspraken, maar ook opvattingen van rechtsgeleerden en gewoonterechtelijke regels werden geacht uitingsvormen te zijn van die rechtvaardigheid. Dit leidde tot een methode van rechtsvinding, die gebaseerd was op de gedachte dat het recht overal gevonden kon worden, zelfs in bijvoorbeeld religieuze teksten. Op het continent was het Corpus Iuris een belangrijke rechtsbron, waarbij overigens in beginsel alle bepalingen uit dat Corpus Iuris konden worden ingeroepen, maar ook de bijbel, het gewoonterecht en rechterlijke uitspraken speelden een belangrijke rol. In het Engelse recht ging zoals bekend eveneens veel overtuigingskracht uit van rechterlijke uitspraken. Zij werden gezien als uitingsvormen van een hoger idee van rechtvaardigheid, van ‘natural

29. Shapiro, ‘Law and Science’, 740.

30. Dit wil overigens niet zeggen dat het sindsdien volledig aan pogingen tot systematisering van het Engelse recht heeft ontbroken. Zie recentelijk nog: P. Birks (ed.), *English private law* (Oxford 2000).

justice'.³¹ Maar ook hier werd het middenstuk van de piramide, het deel tussen dit idee en de casuïstiek, niet ingevuld. De in de rechterlijke uitspraken gebruikte bewoordingen werden niet beschouwd als formuleringen van specifieke regels met een onaantastbaar gezag.³² Recht was derhalve een open stelsel, in de zin dat de waarde van een bestaande formulering niet alleen afhing van de plaats waar zij in één of ander 'systeem' werd aangetroffen, maar ook van de overtuigingskracht ervan. In dat opzicht kan gesproken worden van de rechtsgemeenschap als een argumentatieve gemeenschap.³³

Ook territoriale scheidslijnen waren door deze opvatting van het recht als een materiële eenheid minder scherp. Het recht was weliswaar niet in alle landen hetzelfde, omdat lokale statuten, rechterlijke uitspraken en gewoonterechtelijke regels groot gezag hadden en de bewering dat er ten tijde van het *Ancien Régime* rechtseenheid in continentaal Europa heerste, is duidelijk onjuist. Maar het bestaan van een *ius commune*, dat gebaseerd was op andere rechtsbronnen dan de nationale, en dat aan alle universiteiten op het continent werd onderwezen, vormt wel degelijk het bewijs van het bestaan van die internationale argumentatieve gemeenschap.³⁴ In het Angelsaksische recht bestaat deze situatie nog steeds. In de beroemde zaak *Donoghue v. Stevenson* uit 1932, waarin de Engelse productaansprakelijkheid werd ontwikkeld, werd expliciet verwezen naar enkele Amerikaanse uitspraken.³⁵

De codificaties zoals die op het continent tot stand kwamen, maakten een einde aan de wijze waarop de idee dat het recht een eenheid was, tot dusverre gestalte had gekregen. Dat was het gevolg van twee specifieke kenmerken van de continentale codificaties.

Het eerste kenmerk van deze codificaties was hun exclusiviteit. Daardoor werd de band met het buiten de codificatie gelegen recht formeel afgesneden. Vanaf de afkondiging van het nieuwe wetboek, werden alleen geschreven en door de (nationale) overheid gesanctioneerde regels tot het recht gerekend. Het Romeinse recht werd uitdrukkelijk afgeschaft: juristen mochten zich alleen nog maar beroepen op de in het wetboek opgenomen regels. Zo werd in een relatief korte tijd territoriale rechtseenheid bewerkstelligd. Maar daarmee werd tevens een einde gemaakt aan de argumentatieve gemeenschap in de bovenstaande zin. Het recht verloor allereerst haar internationale karakter, aangezien alle aandacht nu uitging naar de producten van de nationale wetgever. Hetgeen zich in buitenland aan

31. Sawyer, 'The western conception of law', 35-36. M. Reimann, 'Who is afraid of the Civil Law? Kontinentaleuropäisches Recht und Common Law im Spiegel der englischen Literatur seit 1500' in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 21 (1999), 357-381 (365).

32. Zoals Lord Chancellor Halsbury het formuleerde: 'A case is only an authority for what it actually decides. I entirely deny that it can be quoted for a proposition that may seem to follow logically from it'. *Quinn v. Leatham*, [1900-1903] *All England Law Reports* (reprint), 1-19 (7).

33. Stein, 'Roman law, common law, and civil law', 1596-1597.

34. H. Coing, 'The Roman law as *ius commune* on the continent' in: *Law Quarterly Review* 89 (1973), 505-517.

35. [1932] *All England Law Reports* (reprint), 1-32 (3 en 29). Er werd onder meer verwezen naar *McPherson v. Buick Motor Co.* (1916), 217 N.Y. 382.

rechtsverschijnselen voordeed, werd daarom niet langer relevant geacht.³⁶ Maar ook binnen de nationale staat veranderde de visie op het recht. De in de codificaties vastgelegde regels werden namelijk beschouwd als gezaghebbende formuleringen van het recht, waar in beginsel niet meer aan getornd mocht worden met een beroep op de redelijkheid.³⁷ De band met het abstracte, overkoepelende concept rechtvaardigheid werd hierdoor problematisch. De nadruk kwam immers te liggen op de wetgever als formele bron van recht. Het recht kon niet langer overal gevonden worden: juristen dienden nu te zoeken in het nieuwe wetboek.³⁸ De eenheid van het recht zoals die tot dan toe ervaren werd, kwam hiermee op losse schroeven te staan.

Het tweede kenmerk van de genoemde codificaties was dat zij in meerdere of mindere mate systematisch waren opgebouwd. Daarbij moet bedacht worden, dat de codificatoren voor de opgave stonden met de wetboeken een uniform recht te realiseren. Het lag daarom voor de hand dat zij zich daarbij lieten leiden door de systematiserende rechtswetenschap, die juist in die richting grote vorderingen had gemaakt. Maar er was nog een reden voor de codificatoren om te kiezen voor een abstract en systematisch wetboek. Zij realiseerden zich meestal wel, dat de op rechtseenheid gerichte exclusiviteit van hun wetboek er in veel gevallen toe zou leiden dat juridische problemen niet langer (expliciet) waren geregeld. Door te kiezen voor een begripsmatig wetboek konden, zo meende men, alle niet uitgewerkte en de eventueel in de toekomst opkomende problemen, toch met behulp van het wetboek worden opgelost. Op zich was dit niet een heel vreemde gedachte. Men ging er immers vanuit, net als Linnaeus inzake zijn model van de flora, dat het systeem een grote realiteitswaarde had. Er werd met andere woorden identiteit verondersteld tussen het systeem en de rechtswerkelijkheid. Het begripsmatige kader was niet slechts een hulpmiddel, waarmee de werkelijkheid kon worden benaderd. De ontwikkelde begrippen werden veeleer beschouwd als vrijwel onveranderlijke grootheden, waaraan bovendien een hogere waarde moest worden toegedicht dan aan de afzonderlijke concrete rechtsverschijnselen. Op grond van dit uitgangspunt was de gedachte begrijpelijk dat het mogelijk moest zijn om met behulp van

36. Af en toe werd er nog wel naar het buitenland gekeken, vooral in het kader van een nieuwe wetenschappelijke discipline, de rechtsvergelijking. De rechtsvergelijking bewees haar nut voor onder meer wetgevers die zich geplaagd zagen voor nieuwe maatschappelijke problemen, zoals de positie van de arbeider. Vgl. C.J.H. Jansen, *Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsovereenkomstenrecht* (Den Haag 2003), 6.

37. Niet voor niets werd in art. 11 van onze wet AB bepaald, dat de rechter 'in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet' mag beoordelen. Vgl. ook art. 6 Einleitung ALR: meningen van rechtsgeleerden of vroegere rechterlijke uitspraken mogen niet bij de uitleg van het wetboek worden gebruikt.

38. Hoe belangrijk de exclusiviteitsclausule voor dit resultaat was, moge blijken uit de lotgevallen van de Californische civil code. Die bevatte niet een dergelijke clausule en wordt tegenwoordig volledig genegeerd door de rechtspraak. I. England, 'Li v. Yellow Cab Co. - A belated and inglorious centennial of the California Civil Code' in: *California Law Review* 65/1 (januari 1977), 4-27.

het ontwikkelde en vervolgens gecodificeerde begrippenkader alle voorkomende juridische problemen op te lossen.

Deze kijk op het nieuw ontwikkelde rechtssysteem verklaart ook, waarom de codificaties aanvankelijk niet werden ervaren als problematisch vanuit het gezichtspunt van de eenheid van het recht. De gebruikte en gecodificeerde concepten werden gezien als absoluut en leken derhalve de ‘great chain of being’ op het terrein van het recht te weerspiegelen. De eenheid van het recht zou intact blijven, zij het dat niet langer het ongeschreven, abstracte concept ‘rechtvaardigheid’ de top van de piramide vormde, maar de codificatie en de daarin opgenomen meer abstracte begrippen.³⁹ Het gecodificeerde systeem werd, net als ‘het recht’ voorheen, geacht alle denkbare gevallen te omvatten, een gedachte die – zoals hierna nog zal blijken – nog steeds veel aanhang heeft onder juristen. Die gedachte is niet *per se* onjuist. Er is wel een codificatie denkbaar die de eenheid van het recht niet aantast, bijvoorbeeld de uit slechts twee beginselen bestaande Code de Trypheme.⁴⁰ Hetzelfde geldt voor een wetboek als het Corpus Iuris. Het bevatte aan de ene kant enkele abstracte noties van rechtvaardigheid, maar sloot anderzijds met zijn casuïstiek nauw aan bij de bestaande diversiteit in het rechtsleven. Maar meer uitgebreide codificaties op basis van een gesystematiseerde rechtswetenschap waren funest voor de idee dat het recht materieel een eenheid vormde. Dit was het gevolg van het feit dat met de codificaties ook de in de systematiserende rechtswetenschap ontwikkelde indelingen en begrippen plotseling het gezag van wet kregen. Concepten die tot dusverre vooral een intellectuele functie hadden, zoals bij voorbeeld de indeling *ius in rem* en *ius in personam*, kregen nu een veel grotere waarde, louter vanwege het feit dat de wetgever er zijn autoriteit aan had verleend. De codificaties leidden door het volledig conceptueel invullen van de piramide tot een ervaring van het recht als een in scherp afgebakende onderdelen verdeelde entiteit. Ik zal hiervan enkele voorbeelden geven.

*Privaatrecht versus publiekrecht*⁴¹

Een van de onderscheidingen die als gevolg van de codificatie van ongekend belang zijn geworden binnen het recht, is de tweedeling tussen privaatrecht en publiekrecht. Met de ingezette systematisering van het recht kregen bestaande concepten zoals ‘privaatrecht’ en ‘publiekrecht’ al een groter belang dan

39. E.A. Hupperts-Cluysenaer, ‘Het veranderend wereldbeeld in de periode 1750-1850’ in: C.J.H. Jansen, E. Poortenga en T.J. Veen (eds.), *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw* (Amsterdam 1993), 78-100 (96).

40. J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (Groningen 1992), 4.

41. Zie over de geschiedenis van dit onderscheid in de continentale rechtsstelsels: C. Szladits, ‘The civil law system’ in: *International encyclopedia of comparative law* II.2: *The legal systems of the world. Their comparison and unification. Structure and the divisions of the law* (Tübingen s.a.), 15-76 (15-48).

voorheen. Domat wijdde bijvoorbeeld al een apart boek aan het privaatrecht. Maar met de codificaties werd het onderscheid dwingend.

Een van de vele problemen waarvoor codificatoren zich gesteld zagen, was immers de vraag wat er precies gecodificeerd moest worden. Moest dat al het recht zijn, van privaatrecht tot strafrecht, van lokaal recht tot nationaal recht, ongeacht de vraag of het neergelegd was in een rechterlijke uitspraak, een decreet of een gewoonterechtelijke regel? In de meeste landen, zoals de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, werd voorrang gegeven aan de codificatie van het privaatrecht.⁴² Daarvoor waren ook goede gronden. Ten eerste was, zoals hiervoor al is opgemerkt, op dat gebied de rechtsverscheidenheid in de meeste landen het grootst.⁴³ Daarnaast werd de opdracht tot codificatie soms ook uit welbegrepen politiek eigenbelang beperkt tot het privaatrecht, zoals in het geval van de Donaumonarchie. Publiekrechtelijke bepalingen behoorden in beginsel tot het *arcana imperii* en waren omgeven met een waas van geheimzinnigheid. Maria Theresia wilde geen expliciet geformuleerde constitutie waaraan burgers rechten jegens de staat konden ontlenen. Bovendien zou het verzet van de deelstaten tegen het glad strijken van staatsrechtelijke verschillen zeer hevig zijn geweest. Zij beval daarom met nadruk dat alleen privaatrechtelijke bepalingen in het ABGB mochten worden opgenomen.⁴⁴ De enige uitzondering vormde het ALR, waartoe Frederik de Grote opdracht had gegeven. De inhoudsopgave van dat wetboek laat zien, dat de meeste onderdelen van het recht werden bestreken. Daarbij dient bedacht te worden dat het ALR in veel opzichten een buitenbeentje was. Anders dan het ABGB, de *Code civil* en ons WNH was het niet gericht op het bewerkstelligen van rechtseenheid. Het was bedoeld als een subsidiair wetboek, naast de nog op te stellen provinciale wetboeken. Toch ziet men ook in het ALR al een duidelijke aanzet tot codificatie in twee delen op basis van de onderscheiding privaatrecht-publiekrecht.⁴⁵ Maar zij was zo weinig scherp doorgevoerd, dat men het niet heeft aangedurfd om de overkoepelende kwalificaties ‘privaatrecht’ en ‘publiekrecht’ boven de delen te plaatsen.⁴⁶

De keuze om het deelgebied ‘privaatrecht’ te codificeren, deed de noodzaak ontstaan om de concepten ‘privaatrecht’ en ‘publiekrecht’ precies in te vullen. Van iedere rechtsregel diende bepaald te worden of zij

42. Sawyer, ‘The western conception of law’, 29.

43. Vooral op het gebied van het strafrecht was de invloed van de centrale overheid al langer voelbaar.

44. P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming* (Groningen 1996), 117, 122 en 124-125.

45. G. Dilcher, ‘Die janusköpfige Kodifikation – Das preussische ALR 1794’ in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994), 446-469 (456-458). Deel I bevat voor een belangrijk deel wat als privaatrechtelijke instituties zou kunnen worden aangemerkt, terwijl in deel II vooral regelingen voorkomen die als van publiekrechtelijke aard beschouwd zouden kunnen worden.

46. Zo begint deel II met het personen- en familierecht, in het bijzonder het recht inzake het huwelijk, terwijl deel I weer allerlei bestuursrechtelijke bepalingen bevat, zoals de eis van een bouwvergunning en de boete op het overtreden van bouwvoorschriften (titel 8, art. 67 en art. 75 ALR).

privaatrechtelijk was en dus in het wetboek moest worden opgenomen, dan wel publiekrechtelijk van aard was en derhalve erbuiten moest blijven. De ervaring van Linnaeus leert, dat dit geen gemakkelijke opgave is: iedere doorgevoerde systematiek leidt tot problemen met het verdelen van de aangetroffen species over de aangebrachte categorieën.⁴⁷ Het bestaan van dergelijke problemen veroorzaakt tevens dat in iedere categorie gevallen zullen belanden die ook kenmerken van een andere categorie vertonen. Verder rijst de vraag of de rechtswerkelijkheid zich wel zal richten naar een eenmaal gekozen indeling. Zoals Hymans eens schreef: een tijger zal niet zingen, ook al wordt hij in een dierentuin tussen de zangvogels geplaatst.⁴⁸ Met het recht is het niet anders verlopen. Het proces van scheiding der rechtsgebieden leidde soms tot vanuit hedendaags oogpunt vreemde situaties. In de *Code civil*, bijvoorbeeld, werden belangrijke bepalingen opgenomen ten aanzien van de vraag welke nationaliteit iemand had, bepalingen die wij als typisch publiekrechtelijk beschouwen. De achtergrond hiervan was, dat in Frankrijk het al dan niet zijn van Frans burger tijdens het *Ancien Régime* ook belangrijke erfrechtelijke consequenties had.⁴⁹

Indelingen binnen het privaatrecht

De tweedeling privaatrecht-publiekrecht was nog maar het begin van wat het verdelende vermogen van de codificaties teweeg kon brengen. De systematiserende codificaties leidden tot een wettelijke verankering van nog veel meer indelingen, vooral *binnen het privaatrecht*. Dat is niet verwonderlijk aangezien de systematisering zich in eerste instantie had gericht op het gemene privaatrecht. Ten eerste was op dat gebied de rechtsverscheidenheid het grootst. Bovendien werd, zoals we zagen, in eerste instantie gekozen voor codificatie van dat deel van het recht.

Toen eenmaal besloten was om het privaatrecht op een systematische wijze te codificeren, rees tevens de vraag of al het recht dat als 'privaatrecht' betiteld kon worden wel in het op te stellen wetboek thuishoorde. Er hadden vanouds bijzondere privaatrechtelijke regels bestaan voor, bijvoorbeeld, de handel. De vraag was of die regels wel in de systematiek van het op te stellen wetboek waren in te passen. Daarbij dient bedacht te worden, dat het handelsrecht van oudsher vrij internationaal was en is.⁵⁰ Het gevolg was, dat in Frankrijk, en in navolging daarvan ook bij ons, uiteindelijk is besloten om

47. Zo deelde Linnaeus een slak die een schelp produceerde twee keer in in zijn systeem. Hij beschouwde een slak met schelp namelijk als een ander dier dan een slak zonder schelp. Lindroth, 'The two faces of Linnaeus', 32.

48. H. Hymans, *De tweesprong der rechtswetenschap* (Zwolle 1933), 9.

49. Men kon als niet-Fransman niet zomaar een vermogen dat in Frankrijk vrijkwam, erven. Ook in Nederland, dat de Franse wetgeving op veel punten volgde, belandde een deel van het nationaliteitsrecht in het BW. Zie hierover: P.A.J. van den Berg, 'Inboorlingschap en ingezetenschap in de Republiek der Verenigde Nederlanden, 1600-1795' in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 71 (2003), 125-153.

50. K.F. Haak, 'Handelsrecht: autonomie of integratie' in: R. Foqué e.a. (eds), *Geïntegreerde rechtswetenschap* (Arnhem 1994), 119-126.

dit handelsrecht in een afzonderlijk wetboek van koophandel vast te leggen.⁵¹ Ook het burgerlijk procesrecht werd voor een deel afgezonderd, in overeenstemming met het bestaan van de Romeinsrechtelijke categorie der *actiones*.⁵² Opnieuw zien we dat bestaande onderscheidingen geformaliseerd werden.

De systematiserende rechtswetenschap deed haar invloed ook sterk gelden binnen de privaatrechtelijke codificaties. Dit gold nog in geringe mate voor het vroegste wetboek uit de reeks, het ALR, hetgeen onder meer te verklaren valt uit de hierboven vermelde bijzondere plaats die het ALR tussen de codificaties innam. Het was immers bedoeld als subsidiair wetboek en was er daarom op gericht om te voorzien in een concrete oplossing voor alle mogelijke denkbare problemen, die in het primaire recht niet waren geregeld. Vandaar dat het wetboek zo casuïstisch was en er, in vergelijking tot de wel uniformerende codificaties, weinig gebruik werd gemaakt van systematiek en abstracte begrippen.⁵³ Dat wil niet zeggen dat er geen tweedelingen in het wetboek kunnen worden aangetroffen, integendeel. Een veelheid van onderscheidingen wordt gedefinieerd, zoals deelbare en ondeelbare zaken, verbruikbare en onverbruikbare zaken en de bekende Romeinsrechtelijke indeling in persoonlijke rechten tegenover rechten op zaken.⁵⁴ Maar dergelijke indelingen waren slechts bedoeld als definities en werden voor een meer hiërarchische opbouw van het wetboek niet gebruikt.⁵⁵

In het ABGB, de Cc en het BW (1838) werden de tweedelingen wel gebruikt voor de systematiek van het wetboek. Men onderscheidde ten eerste enerzijds het personen- en familierecht, en anderzijds het vermogensrecht.⁵⁶ Het vermogensrecht, werd, althans in het ABGB en het BW (1838), op zijn beurt weer in tweeën onderverdeeld volgens de Romeinsrechtelijke tegenstelling zakelijke rechten (*iura in rem*) en persoonlijke rechten (*iura in personam*).⁵⁷ Alle drie de wetboeken kennen, ten slotte, het fenomeen van ‘algemene bepalingen’. Door de indelingsprincipes ontstonden namelijk

51. Zie voor de discussie in Nederland: R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht* (Nijmegen 1998), 7-29. In Nederland vormde het handelsrecht wel minder een afgezonderd rechtsgebied: O. Moorman van Kappen, ‘Van scheiding naar hernieuwde eenheid. Een vertroostende overdenking aan het sterfbed van ons honderdvijftigjarige Wetboek van Koophandel’ in: *150 jaar Wetboek van Koophandel* (Deventer 1989), 7-19.

52. Maar de regeling van bewijs en verjaring werd wel opgenomen in het BW (1838) als boek 4.

53. Het eerste, privaatrechtelijke deel is in feite nauwelijks gelaagd. Het bestond uit 23 nevensgeschikte titels, waarvan er tien nog nader waren onderverdeeld in afdelingen.

54. Respectievelijk titel 2, art. 42 ev., titel 2, art. 120-121 en titel 2, art. 122 ev. deel I ALR.

55. Zij staan tussen en op gelijke hoogte met een bepaling als titel 2, art. 14, waarin een omschrijving wordt gegeven van het begrip ‘meubels’.

56. Delen 1 en 2 ABGB, alsmede boek 1, respectievelijk boeken 2 en 3 BW (1838). Illustratief voor de problemen van het doorvoeren van indelingen in een codificatie is dat men bij het ABGB een derde deel nodig achtte voor de bepalingen die de beide gebieden gemeenschappelijk hadden, zoals de verjaring.

57. In het ABGB kennen beide vermogensrechtelijke afdelingen nog een verdere verdeling in dertig, overigens doorgenummerde hoofdstukken. Bij de Code civil en het BW (1838) ging men met de onderverdelingen nog iets verder door de keuze voor een vierde laag.

afzonderlijke entiteiten, waarvan men, conform het voorschrift van Linnaeus, algemene eigenschappen ging beschrijven.⁵⁸

Het is hier niet de plaats om alle in de diverse wetboeken gebruikte indelingen uitputtend te behandelen. Ik wil slechts aangeven, dat de codificaties noodzakelijkerwijs tot een aantal moeilijk te overbruggen scheidslijnen hebben geleid. Ten eerste riep de verscherping van de gemaakte onderscheidingen verticale scheidslijnen binnen het recht in het leven. De afzonderlijke clusters van bepalingen kregen een zekere zelfstandigheid ten opzichte van andere nevenschikte clusters. Ten tweede leidde de systematisering tot een hiërarchie met bepalingen van een meer algemeen en een meer bijzonder karakter, hetgeen tot horizontale scheidslijnen heeft geleid. Sommige, lager geplaatste clusters van regels droegen dus niet meer in dezelfde mate bij aan de oplossing van juridische problemen. Als gevolg van deze scheidslijnen raakte de regeling van een concreet juridisch probleem verspreid over het wetboek.⁵⁹ Dergelijke scherpe scheidslijnen op basis van abstracte begrippen bestaan, het zij hier benadrukt, niet in een niet gecodificeerd rechtstelsel zoals het Engelse.⁶⁰ ‘To the English lawyer’, aldus de bekende rechtsvergelijker Tony Weir, ‘the law tends to seem seamless’.⁶¹ Generalisaties bestaan wel in het Engelse recht en zij zorgen ook voor een zekere rationaliteit, maar zij overstijgen het intermediaire niveau niet, noch krijgen ze als zodanig een officieel karakter.⁶² Illustratief voor de houding ten opzichte van classificatie is ook dat er bij de rechters een zeker wantrouwen bestaat ten aanzien van opschriften van titels en afdelingen in *statutes*. Dergelijke opschriften mogen slechts in beperkte mate gebruikt worden om de *statutes* uit te leggen.⁶³

58. Het ALR was ook hierin, zoals in alles waar het de systematiek betrof, het meest bescheiden. Alleen het ‘privaatrechtelijke’ deel I, alsmede de titels 16 en 17 begonnen met een aantal algemene bepalingen.

59. Zo heeft de koop als geheel genomen zowel zakenrechtelijke, als verbintenissenrechtelijke aspecten.

60. G. Samuel, ‘English private law in the context of the codes’ in: M. van Hoecke en I. Ost (eds.), *The harmonisation of European private law* (Oxford 2000), 47-61, in het bijzonder 59: ‘debts and live musical performances can be owned (...); moveable property is housed in the law of obligations’.

61. T. Weir, ‘The common law system’ in: *International encyclopedia of comparative law* II.2: *The legal systems of the world. Their comparison and unification. Structure and the divisions of the law* (Tübingen s.a.), 77-113 (77). Een van de gevolgen hiervan is, dat de koop als één leerstuk wordt gezien, de ‘law of sale’.

62. L. Neville Brown, ‘General principles of law and the English legal system’ in: Cappelletti, M. (ed.), *New perspectives for a common law of Europe* (Florence 1978), 171-193 (174-177).

63. J.H. Farrar en A.M. Dugdale, *Introduction to legal method* (Londen 19903), 156. Zie verder art. 16 van de Canadese Interpretation Act: ‘(...) headings (...) form no part of an Act or regulation but are inserted for convenience of reference only’.

4 OMGAAN MET HET VERLIES

De bovenvermelde negatieve effecten van de codificatie op de ervaring van het recht als een eenheid waren niet voorzien. Tegelijk met de codificatie van het in de rechtswetenschap gesystematiseerde recht werd immers ook de gedachte bestendigd, dat het aldus ontstane rechtssysteem een eenheid vormde.⁶⁴ Toch werd het recht al snel als gecompartmentaliseerd ervaren. De splijtende werking van de systematiserende codificaties is de Nederlandse jurist niet ontgaan. Zo werd in de loop van de negentiende eeuw kritiek op het afzonderlijke bestaan van het wetboek van koophandel geuit, onder meer in het preadvies van Molengraaff voor de NJV uit 1883.⁶⁵ In de twintigste eeuw werd bezwaar gemaakt tegen min of meer autonome terreinen van het recht, zoals het pachtrecht, arbeidsrecht, belastingrecht en sociaal-economisch recht.⁶⁶ Aangezien de systematische eenheid van het recht axiomatisch was, stelde men alles in het werk om de scheidslijnen te overbruggen. Er kunnen, in ieder geval in Nederland, een drietal strategieën worden onderscheiden, alle gericht tegen de tweedeling tussen privaatrecht en publiekrecht en/of tegen de interne versplintering van het privaatrecht. Ik zal mij hierbij vooral richten op het privaatrecht, omdat de systematisering daarvan lange tijd de voorrang heeft gehad en wellicht daardoor wel is beschouwd als ons ‘gemene recht’. Maar *mutatis mutandis* geldt een en ander ook voor bijvoorbeeld de recent opgestelde Awb.

De eerste optie is om zoveel mogelijk bijzondere, buiten het BW bestaande regelingen alsnog in het BW op te nemen. Daarvoor wordt wel het begrip ‘formele rechtseenheid’ gebruikt.⁶⁷ Maar de toetssteen voor de eenheid van het (privaat)recht lag in haar systematiek, in haar harmonie en

64. A.R. Bloembergen, ‘Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht’ in: Y. Blei-Weissmann e.a. (eds.), *Bloembergens Werk* (Deventer 1992), 503-527 (508). A.R. Bloembergen ‘De eenheid in het recht. Compartimentering en eenheid in rechtspraak, wetgeving en wetenschap’ in: Blei-Weissmann, *Bloembergens Werk*, 557-569 (564). A.R. Bloembergen, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’ in: Blei-Weissmann, *Bloembergens Werk*, 305-351 (308-311). E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (Maastricht 1994), 9. Zie voor Duitsland: K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (Heidelberg 1935).

65. Klomp, *Opkomst en ondergang*, 89-120. Moorman van Kappen, ‘Van scheiding naar hernieuwde eenheid’, 7-19. De splitsing werd overigens ook verdedigd: J. Wiarda, ‘Het nieuwe Burgerlijk Wetboek, de eenheid van het nieuw B.W. en van de wetgeving buiten het tegenwoordige B.W.’ in: *WPNR* 84 (1953), 135-139.

66. E.M. Meijers, ‘Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek’ in: *Verzamelde geschriften I* (Leiden 1954), 93-98 (98). E.M. Meijers, ‘De herziening van ons Burgerlijk Wetboek’ in: *Verzamelde geschriften I*, 146-158 (154-155). J.M. Polak, *De eenheid van het recht. Enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap* (Zwolle 1958), 14. A. Pitlo, ‘Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen’ in: *RMThemis* 122 (1961), 517-584 (528), die spreekt over ‘materiële autonomie’ als een onderdeel van het recht zich autonoom van het gemene recht ontwikkeld en aldus versplintering veroorzaakt.

67. A.S. Hartkamp, ‘Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht’ in: *NJB* 1983, 1069-1076 (1070). Het tegenovergestelde begrip, ‘formele autonomie’, is afkomstig van Pitlo, ‘Het gemene recht’, 527.

consistentie, soms wel aangeduid als eenheid in materiële zin.⁶⁸ Daarom diende er een verdergaande systematisering plaats te vinden. Daarbij moet bedacht worden, dat de systematische indeling van het recht ten tijde van de codificaties bepaald nog niet voltooid was. De piramide was nog niet volledig ingevuld. Met behulp van de toegenomen systematiek zouden dan zowel de al in het BW opgenomen, maar verder autonome rechtsgebieden, zoals het personen- en familierecht, als de nieuw in het BW op te nemen rechtsgebieden als het handelsrecht kunnen worden geïntegreerd. Eén van de voornaamste doelstellingen van de hercodificatie was, aldus Hartkamp, ‘de formele en materiële unificatie van het Nederlandse wettelijke privaatrecht’.⁶⁹ Het zal duidelijk zijn dat aanhangers van de systematische eenheidsgedachte, waaronder Meijers,⁷⁰ zeer succesvol waren in het propageren van deze strategie. Daarbij hadden zij het geluk dat in Duitsland de pandectisten veel werk op het gebied van de systematisering hadden verricht en dat dat werk bovendien was uitgemond in een wetboek, het BGB.⁷¹ Dit heeft geresulteerd in een nieuw burgerlijk wetboek, dat met zijn gelaagde structuur, algemene bepalingen en overkoepelende concepten veel dichter bij het model van Linnaeus komt dan het oude BW.⁷²

Het gebruik van schakelbepalingen biedt een tweede traject om iets van de eenheid van het recht te redden.⁷³ De mogelijkheden hiervan lijken onbegrensd: alle door de systematische codificatie in het leven geroepen en afgescheiden subeenheden kunnen zo weer aan elkaar worden gekoppeld. In het BW (1992) worden dan ook veel schakelbepalingen aangetroffen. In een aantal gevallen hebben ze een beperkt, wetstechnisch karakter, maar sommige zijn voor dat doel te algemeen.⁷⁴ De artikelen 3:14, 3:15, 3:59, 3:79 en 3:326 BW, in samenhang overigens met art. 3:1, lid 2 Awb pogen niets minder dan de tweedeling privaatrecht-publiekrecht te overbruggen.

De beschermers van de (materiële) eenheid van het recht moeten nog op een derde punt actief zijn, te weten de uniforme uitleg van begrippen.⁷⁵ Dat

68. Hartkamp, ‘Het nieuwe Burgerlijk Wetboek’, 1070 en 1073. Bloembergen, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, 317-318.

69. Hartkamp, ‘Het nieuwe Burgerlijk Wetboek’, 1075.

70. Zie over de algemene rechtsleer van Meijers: J.H.A. Lokin, ‘De plaats van Meijers in de legistische traditie’ in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht* (Deventer 1992), 5-39 (18-19).

71. Vgl. H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte* III.2: *Das 19. Jahrhundert. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht* (München 1982), 1580. H. Coing, ‘German “Pandektistik” in its relationship to the former “ius commune”’ in: *American Journal of Comparative Law* 37 (1989), 9-15 (12-13).

72. Wel heeft men ervan af gezien om het personen- en familierecht onder de heerschappij van het begrip ‘rechtshandeling’ te brengen, zoals in het BGB wel is gebeurd. Vgl. art. 1298 en 1304 BGB. Zie de argumentatie hiervoor van Meijers, ‘De herziening’, 156.

73. Bloembergen, ‘De eenheid van het recht’, 564-565.

74. Deze laatste categorie schakelbepalingen is veelal herkenbaar aan de slotzin: ‘voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet’.

75. Bloembergen, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, 317 en vooral 330-339. Polak, *De eenheid van het recht*, 10-12.

geldt in de eerste plaats voor zover deze voor de systematisering overkoepeling binnen een wetboek zijn gebruikt. Maar ook over de rechtsgebieden heen kan eenheid worden gerealiseerd door te streven naar een zo identiek mogelijke betekenis van dezelfde woorden. Als voorbeeld van beide kan gedacht worden aan het begrip ‘rechtshandeling’, dat niet alleen centraal staat in het vermogensrecht, maar ook in het publiekrecht. De schakelbepaling in art. 3:59 BW kan aangegrepen worden voor gelijklopende uitleg van dit begrip.

Het is de vraag of deze strategieën kans van slagen hebben. Het nieuwe BW heeft het handelsrecht weliswaar geïntegreerd, maar tot op zekere hoogte is dit rechtsgebied een ‘diving duck’. Het gemene privaatrecht in het BW is vercommercialiseerd en is daardoor bijzonder geschikt voor de handel, terwijl voor consumenten een specifieke regeling in het leven is geroepen.⁷⁶ Door de gelaagde structuur van het BW moge dit consumentenrecht dan wel opgenomen lijken in de eenheid, maar onmiskenbaar is dat de verhouding ervan tot het overige privaatrecht toch tot vragen leidt. De opname van het handelsrecht in het BW heeft verder weliswaar de formele eenheid van het (privaat)recht bevorderd, maar die winst wordt weer tenietgedaan door nieuwe privaatrechtelijke bepalingen, die niet in het BW (1838) werden geplaatst, zoals de regeling van de aansprakelijkheid in het verkeer.⁷⁷ Schakelbepalingen zijn evenmin een panacee.⁷⁸ Zij bedreigen veeleer de vurig gewenste eenheid. Ze bevestigen namelijk het bestaan van de scheidslijnen tussen de afdelingen doordat zij suggereren dat koppeling ervan noodzakelijk is. Daarnaast bestaat het risico dat op basis van een redenering a-contrario de afwezigheid van een schakelbepaling zal worden aangegrepen om een regeling uit een rechtsgebied elders niet toe te passen. De wetstechnische schakelbepalingen hebben, toegegeven, nog wel een zekere functie. De hierboven genoemde algemene schakelbepalingen zijn echter vooral symbolisch en lijken derhalve overbodig.⁷⁹ Ook de uniforme uitleg van begrippen zal, ten slotte, problematisch blijken te zijn. Zo valt de arbeidsovereenkomst onder de artikelen 3:33 en 3:35 BW, maar zal de invulling van de vertrouwensleer in dergelijke gevallen sterk worden gekleurd door de typische eigenschappen van de concrete rechtsverhouding, waarin bijvoorbeeld sprake is van een werknemer in een zwakke positie.⁸⁰ De

76. Zie bovendien R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (Den Haag 1994).

77. De betreffende regeling werd eerst in de Motorwet (1924) opgenomen. Vervolgens vond zij een plek in de Wegenverkeerswet, eerst als art. 31 en tegenwoordig als art. 185. Ook de opkomst van een autonoom bankrecht doet afbreuk aan deze formele eenheid. Vgl. de bijdrage van S.B. van Baalen aan deze bundel.

78. A.H.T. Heisterkamp, ‘Schakelbepalingen en analogie in het (N)BW’ in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, 73-86 (84).

79. A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (=Monografie Nieuw BW A 1) (Deventer 1990²), 25-29.

80. Zie HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (Westhoff-Spronsen).

wetgever beseft overigens terdege, dat er dergelijke problemen bestaan. Soms neemt hij daarom een bijzondere bepaling op om een a-contrario argument te voorkomen.⁸¹ En een overkoepelend concept als ‘toerekening’ hoeft van hem geen uniforme betekenis te krijgen.⁸²

Het is niet verwonderlijk dat de drie strategieën niet het gewenste resultaat opleveren, want zij zijn gebaseerd op de techniek van codificatie. Men realiseert zich blijkbaar onvoldoende, dat de systematiserende codificaties juist de ervaring van versplintering veroorzaken. Zo vraagt Bloembergen zich af hoe het toch komt, ‘dat ondanks het sterk sprekende eenheidspostulaat verscheidenheid en verbrokkeling ons deel zijn?’⁸³ De codificatie wordt niet als de schuldige aangewezen, integendeel. Hij geeft eerder de wetgever de schuld van het feit, dat ‘zelfs codificaties niet het wondermiddel op het eenheidsfront [zijn]’.⁸⁴

5 AFSLUITENDE BESCHOUWINGEN

Het verlies van de eenheid van het recht zoals dat door velen wordt ervaren, wordt veroorzaakt door de systematiserende codificaties en zal derhalve nog wel geruime tijd voortduren. Deze ervaring van teloorgang hoeft niet zo problematisch te zijn als door auteurs als de bovengenoemde Bloembergen wel wordt aangenomen. De door hen veronderstelde systematische eenheid van het recht is immers gebaseerd op een specifieke wetenschappelijke methode, die uitgaat van lineaire, eendimensionale verbanden. Een dergelijke visie kan als achterhaald worden beschouwd. Voorop staat nu veeleer de notie van een fundamenteel chaotische, niet-lineaire werkelijkheid, en een ervaring van een versplinterd recht is daarmee in overeenstemming.⁸⁵ Het vasthouden aan dat verouderde idee van systematische eenheid kan, daarentegen, wel moeilijkheden veroorzaken, vooral indien verdergaande systematisering toch wordt nagestreefd om die eenheid dichter bij te brengen. Niet zozeer omdat daarmee feitelijk de ervaring van het recht als eenheid alleen maar verder buiten ons bereik komt te liggen, maar vooral omdat daarmee ons rechtstelsel in toenemende mate axiomatisch wordt, in toenemende mate op abstracte concepten en tweedelingen gebaseerd raakt. De rechtswerkelijkheid zal daarmee uit het oog verdwijnen, hetgeen slecht is voor de juridische professie. Daar zal toch de nadruk moeten liggen op feitelijke situaties. Er zal daarom eerder, zo wordt van diverse kanten betoogd, gedacht moeten worden

81. Zoals art. 6:184 BW. Kamerstukken II, 1988-1989, 21 202, nr.3, pp. 19 en 57, alsmede 1992-1993, 21 202, nr. 13, p. 2. A.R. Bloembergen ‘Verplaatsing van schade’ in: *Quod licet. Kleijn-Bundel* (Deventer 1992), 19-31 (30).

82. C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof (eds.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* (Deventer 1981), 628-629.

83. Bloembergen, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, 327.

84. Bloembergen, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, 327 (noot 104).

85. Glenn, *Legal traditions*, 142 en 325-327.

in termen van fragmentatie.⁸⁶ Dit betekent niet dat onze systematiserende codificaties op de vuilnisbelt der geschiedenis moeten belanden.⁸⁷ Niet alleen hebben zij, zoals ik elders heb betoogd, een fraaie mix van flexibiliteit en continuïteit in ons recht teweeg gebracht.⁸⁸ Maar ook zullen juridische concepten onontbeerlijk blijven. Het recht ontstaat immers niet alleen uit de feiten, de feiten worden ook geconstrueerd aan de hand van juridische concepten. Deze concepten zullen evenwel niet meer ééndimensionaal moeten zijn, conform het model van Linnaeus ontleend aan een lineair gedachte wereld, maar toegesneden op de complexe werkelijkheid. Het recht moet, met andere woorden, minder axiomatisch worden. Een aanzet hiertoe valt in de rechtspraak al waar te nemen inzake het onderscheid publiekrecht-privaatrecht en de positie van de overheid hierin.⁸⁹ Ook in het juridische onderwijs zou meer nadruk kunnen worden gelegd op de relativiteit van het systeem, terwijl tegelijkertijd de feiten en argumenten van een gegeven situatie en de daarbij in het geding zijnde belangen meer voor het voetlicht kunnen worden gehaald. Op die manier zou de argumentatieve rechtsgemeenschap weer kunnen worden hersteld, en komt wellicht ook de ervaring van het recht als eenheid weer binnen handbereik.

86. Samuel, 'English private law', 59.

87. Zoals de felle criticus van de dogmatische rechtswetenschap Hymans in zijn *De tweesprong der rechtswetenschap* lijkt te betogen.

88. Van den Berg, 'De paradox van de codificatie', 200 en 203.

89. J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht' in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse juristenvereniging 1870-1970* (Zwolle 1970), 201-219 (211). Vgl. ook HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673.